

# Tribunal de Contas é órgão auxiliar do controle externo do Poder Legislativo e não, institucionalmente, órgão equiparado ao regime dos tribunais — reflexões sobre sua disciplina jurídica — opinião legal

Ives Gandra da Silva Martins\*

## Consulta

Consulta-me o eminente presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Dr. Edson Simões, quanto aos fundamentos invocados pelo digno Procurador-Geral de Justiça do Estado, na ADIN 161.468/0-00, proposta junto ao Tribunal de Justiça, ao afirmar que:

O que pretendeu o constituinte, para tornar efetiva a atuação das Cortes de Contas, foi *conferir-lhes a mesma independência e autonomia que recebeu o Poder Judiciário, que pode bem ser sintetizada no denominado auto-governo da Magistratura* (grifos meus),

além de

*Em outras palavras, a Constituição Federal equiparou, para fins de tratamento institucional, os Tribunais de Contas às Cortes de Justiça. A esse propósito observe-se, v.g., que o art. 73, §3º, da CF/1988 prevê, inclusive, que “os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça,*

sobre ter concluído que

A propósito, cumpre recordar que o art. 73, *caput*, da Constituição Federal, ao tratar do Tribunal de Contas da União, confere-lhe o exercício, no que couber, das atribuições previstas no art. 96 da Carta. De outro lado, o art. 75 da CF/1988 prevê que *“as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios* (grifos meus).

## Resposta

Com o devido respeito ao eminente e então Procurador-Geral, Dr. Rodrigo Pinho, parece-me que as referidas conclusões não são aquelas que defluem do texto constitucional de 1988<sup>1</sup>.

Durante os trabalhos constituintes e a pedido de um grupo expressivo de parlamentares, escrevi um pequeno roteiro para discussões temáticas, publicado pela Editora Forense, intitulado “Roteiro para uma Constituição”.

Defensor, há décadas, da autonomia e independência das Cortes de Contas — que, a meu ver, só terão independência absoluta no momento em que se tornarem órgão do Poder Judiciário — escrevi um capítulo que transcrevo, em parte:

Por esta razão propugnamos que o Poder Judiciário seja constituído a partir de triplíce função judicante.

Manter-se-ia a atual, qual seja, a da administração da justiça, em duplo grau de jurisdição. A justiça só poderia ser realizada em duplo grau. Os recursos ao Supremo Tribunal Federal apenas seriam admitidos para a uniformização do Direito, sem preocupação de distribuição de Justiça.

<sup>1</sup> Pinto Ferreira sobre o TCU escreve: “Ele procura analisar se na execução do orçamento o Executivo agiu de acordo com as autorizações legislativas e as regras da contabilidade pública. Aprecia, de modo geral, as contas do exercício financeiro, porém com função exclusiva de controlador da legalidade de tais atos, em uma esfera diferente do exame político das despesas e receitas públicas, que se atribui ao Congresso. Se as contas não forem enviadas no prazo legal, pelo Presidente da República ao Tribunal, este comunicará o fato ao Congresso Nacional, para os fins de direito, apresentando em qualquer hipótese um minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

Não sendo apresentadas as contas, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, compete privativamente à Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas do Presidente da República (CF, art. 51, II)” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira, 3º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 1992, p. 413).

\* Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Econômico e Constitucional.

Paralelamente, haveria um ramo do Poder Judiciário dedicado aos temas Constitucionais, vale dizer, qualquer cidadão ou instituição poderia provocar o Poder Judiciário, por suas cortes constitucionais, para impugnar atos atentatórios à ordem jurídica e praticados pelos poderes e autoridades constituídas.

Tais cortes poderiam estar divididas em cortes de derivação para exame de violações por parte de poderes estaduais e municipais ou cortes federais, dedicadas ao exame das violações por parte das autoridades federais.

A escolha de seus membros seria sempre por indicação, em lista triíplice, do Poder Judiciário, com escolha de um nome da relação pelo Poder Executivo e aprovação pelo Senado do nome escolhido, processo adotado hoje, aliás, para a composição dos tribunais superiores regionais, embora sem aprovação legislativa neste caso, quando não por juízes de carreira promovíveis por antigüidade ou merecimento. Nos Estados caberia à Assembléia Legislativa a aceitação do nome.

As cortes constitucionais, portanto, permitiriam que celeremente pudesse o Poder Judiciário reagir às violações da ordem jurídica praticadas pelo governo, estancando processo nocivo à nacionalidade e não permitindo que as infringências oficiais retirassem a autoridade da Constituição, fundamento do Estado de Direito.

Embora ainda de pouca tradição, a Itália, Portugal e a Alemanha já adotaram o salutar esquema judicante.

Tais cortes apenas cuidariam de representações arguindo inconstitucionalidades, afastando-se o Procurador-Geral da República de tais funções que, de rigor, na atualidade não exerce.

Por outro lado, o Procurador-Geral da República seria, uma vez escolhido, não demissível até o fim do governo, salvo por falta grave.

Por fim, transformar-se-iam os Tribunais de Contas de órgãos de assessoria do Poder Legislativo para órgãos do Poder Judiciário, com o direito de executar as suas decisões. Tornar-se-iam, portanto, os Tribunais de Contas verdadeiro poder responsabilizador dos atos do Poder Executivo e Legislativo.

Esta terceira vertente do Poder Judiciário reduziria sensivelmente a absoluta irresponsabilidade que o atual sistema propicia, obrigando as autoridades a profunda reflexão na prática de todos os seus atos <sup>2</sup>.

Infelizmente, a tese não prosperou.

Nos diversos contatos mantidos com o Relator da Constituinte, Senador Bernardo Cabral, com o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, desembargador Odyr Porto, e com o Ministro Sydney Sanches, à época o interlocutor da Suprema Corte junto aos constituintes, defendi a autonomia e a independência dos Tribunais de Contas, tese que, todavia, foi considerada muito ousada para o País. Argumentavam que, no mundo inteiro, o controle externo, realizado pelas Cortes de Contas mediante três modelos clássicos (prévio, durante a execução orçamentária ou posterior), sempre se verifica na dependência natural das funções do Poder Legislativo, que é aquele que representa toda a Nação e não apenas a maioria (Executivo). Os representantes do povo são aqueles que devem ofertar a última palavra sobre as decisões e pareceres dessas Cortes Controladoras. Na maioria dos países, não lhes é, pois, outorgada muita autonomia, podendo, apenas, em casos excepcionais, executar suas decisões, mas necessitando do Ministério Público para acionar o Poder Judiciário — pelo menos no Brasil <sup>3</sup>.

Houve, certamente, em função das discussões parlamentares, um avanço, se compararmos as competências do texto de 67 e da EC 1/1969, mas continuou, o Tribunal de Contas, na dependência do Parlamento, ao ponto de o Constituinte, no Título IV, da Lei Maior, ter dedicado os arts. 44 a 75 ao Poder Legislativo (Capítulo I), nele incluído o Tribunal de Contas; os arts. 76 a 91 (Capítulo II), ao Poder Executivo; os arts. 92 a 126 (no Capítulo III) ao Poder Judiciário; e dedicado o ca-

<sup>3</sup> Escrevi: "A fiscalização do orçamento, portanto, será feita mediante duas espécies de controle, o denominado controle externo e o controle interno de cada Poder.

Em verdade o controle é em grande parte interno, visto que o externo, exercido pelo Tribunal de Contas, subordina-se ao Congresso Nacional, que o exercerá apenas sobre o Poder Executivo. Não exercerá controle externo sobre si mesmo, *porque seu próprio sistema de controle interno não é atingido pelo Tribunal de Contas*, visto que os pareceres deste serão examinados pelo Poder Legislativo, e, apenas formalmente, sobre o Poder Judiciário que, além de possuir seu controle interno, é quem poderá julgar da legitimidade e legalidade do controle do Poder Legislativo. Desta forma, o controle dos Poderes Legislativo e Judiciário serão, na prática, sempre internos, apenas podendo haver controle externo do Poder Executivo" (Comentários à Constituição do Brasil, 4ª vol., Ed. Saraiva, 3ª ed., 2002, São Paulo, p. 6/7).

<sup>2</sup> *Roteiro para uma Constituição*, Série Realidade Brasileira, vol. I, Ed. Forense/Acad. Internacional de Direito e Economia, 1987, p. 51 a 54.

pítulo IV, arts. 127 a 135, às funções essenciais à Justiça (Ministério Público e Advocacia) <sup>4</sup>.

É, portanto, o Tribunal de Contas um órgão não do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo.

Não procede, pois, a afirmação do preclaro Procurador-Geral, de que a Constituição Federal equiparou

*“para fins de tratamento institucional, os Tribunais de Contas às Cortes de Justiça”,*

pois, em verdade, colocou-os na órbita do Poder Legislativo, e não Judiciário <sup>5</sup>.

Tanto é verdade que o art. 71, *caput*, da Lei Maior declara

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, *será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União*, ao qual compete: (grifos meus) (...)

VII – *prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;*

(...)

X – *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;*

XI – *representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados* (grifos meus) <sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Esta função vicária do Tribunal de Contas da União é realçada por José Cretella: “O exocontrole ou controle externo, no que diz respeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, *será exercido em conjunto pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira* de 1988, Forense Univ. 1991, p. 2789).

<sup>5</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta: “Controle externo e controle interno. Entende-se por controle externo aquele exercido em nome do povo, na democracia o soberano, pelo Poder Legislativo, sobre a probidade quanto aos dinheiros públicos (sua guarda, administração, emprego etc., por parte de qualquer Poder, incidindo sobre as pessoas físicas e jurídicas referidas no parágrafo adiante) (v. infra). *Esse controle compete, no plano federal, ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União* (v. art. 71, “*caput*”).

Controle interno, por sua vez, é a fiscalização feita pelo próprio Poder que dispõe de recursos públicos” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira* de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, 2000, 3ª. Ed., p. 412).

<sup>6</sup> Escrevi: “O último inciso do art. 71, que cuida da competência do Tribunal de Contas da União, oferta a exata dimensão de seu

Ora, quem exerce o controle externo é o Congresso Nacional (Poder Legislativo) e quem é poder acólito, vicário, auxiliar, ancilar é o Tribunal de Contas.

De resto, em todo o elenco de atribuições do art. 71 percebe-se que o Tribunal de Contas é um órgão técnico, que facilita o controle externo por parte do Poder Legislativo <sup>7</sup>.

É de se perguntar:

Onde na Constituição Federal encontra-se a afirmação, principalmente à luz do art. 71, de que

O que pretendeu o constituinte, para tornar efetiva a atuação das Cortes de Contas, foi conferir-lhes a mesma independência e autonomia que recebeu o Poder Judiciário, que pode bem ser sintetizada no denominado auto-governo da Magistratura?

Nem mesmo a afirmação do art. 75, de que

As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, *bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios*,

beneficia a inteligência que pretende o digno procurador, visto que tal artigo é apenas indicativo de que

papel: o de representar ao poder competente sobre quaisquer irregularidades ou abusos apurados.

A espécie de representação, a que alude o inciso, é de tripla natureza, ou seja:

- a) ao próprio órgão ou entidade, para que pare de atuar indevidamente;
- b) ao Congresso Nacional, na forma de parecer, para que decida sua hospedagem ou não;
- c) ao Poder Judiciário, para que sejam executadas suas decisões, neste caso, justificando-se a interferência da Procuradoria, para que reduza à correta formulação processual, podendo ou não deflagrar a atuação do Ministério Público’.

Como se percebe, o último inciso explicita os demais, visto que a principal função da Corte de Contas, que é fiscalizar “contábil, financeira e orçamentariamente” a atuação da Administração Pública direta e indireta, há de terminar numa representação, até mesmo quando exige a sustação do ato irregular ou ilegal.

Os onze incisos do controle externo, que, como determina o “*caput*” do artigo, *é exercido pelo Congresso Nacional, acolitado pelo Tribunal de Contas, demonstram ser o Tribunal de Contas órgão auxiliar do Congresso Nacional que, para tais efeitos, é o órgão principal*” (grifos não constantes do texto) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 4ª vol., tomo II, p. 66/68).

<sup>7</sup> É de se notar que a decisão do STF relatada por Maurício Corrêa na ADIN 1782-2/DF de que os Tribunais de Contas não podem aumentar por ato próprio os vencimentos de seus servidores não se aplica ao caso em exame, visto que a lei do poder a que se submete (Câmara Municipal) foi por ela aprovada.

as normas aplicáveis ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, também, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios!!!!<sup>8</sup>

Nenhuma referência, no referido artigo, aos Tribunais Judiciários, até por que toda a seção é aplicável ao órgão ancilar do Poder Legislativo, que são as Cortes de Contas.

Até mesmo a observação de que o art. 96 da Constituição Federal aplica-se, no que couber, ao TCU, constante do art. 73 da CF merece reflexão. É que ela diz respeito, fundamentalmente, à *composição* de seus julgadores, vale dizer, escolha, capacitação técnica, idoneidade, atributos semelhantes aos dos componentes do Poder Judiciário. Nenhuma referência havendo de que os Tribunais de Contas seriam órgãos do Judiciário. De rigor, repito, à exaustão, é um órgão acólito do Poder Legislativo, nos termos da Constituição.

Escrevi, ao comentar o art. 73, que:

O art. 73 é dedicado à organização e à competência do Tribunal de Contas da União.

É ele integrado por nove Ministros, com escolha livre de dois terços pelo Congresso Nacional e um terço pelo Presidente da República, dos quais dois sextos entre os integrantes dos quadros de auditores e membros do Ministério Público.

A sede do Tribunal de Contas é o Distrito Federal, sede também do Governo Federal.

<sup>8</sup> Alexandre de Moraes ensina: "O art. 75 da Constituição Federal refere-se aos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Por sua vez, o art. 16 do ADCT refere-se ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, *que auxiliará a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*.

Igualmente, o art. 31 da Constituição Federal estabelece que a fiscalização do Município *também será exercida mediante controle externo da Câmara Municipal*, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver; prevê-se que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente, *sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal*.

A expressão *onde houver deve ser interpretada de acordo com o § 4º do referido art. 31 da Constituição Federal, que veda a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais*.

Essa interpretação leva-nos à conclusão de que o legislador constituinte reconheceu a existência dos Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais já existentes na data da promulgação da Constituição Federal, não permitindo às respectivas Constituições Estaduais aboli-los, porém, ao mesmo tempo, expressamente vedou a criação de novos Tribunais ou Conselhos de Contas" (grifos meus) (*Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*, Ed. Atlas Jurídico, 7ª. Ed., 2007, p. 1234).

Possui quadro próprio de funcionários e, nas questões de interesse da União, sua jurisdição é nacional, vale para todo o território do País.

Terá algumas das atribuições próprias do Poder Judiciário, mas não a principal, que é a auto-executoriedade de suas decisões.

*Por essa razão, muitos doutrinadores contestam a existência de uma real jurisdição do Tribunal de Contas, isto é, aquele poder de dizer o direito e executá-lo, que é inerente ao Poder Judiciário.*

A cautela do constituinte nesta matéria foi adequada. Apenas referiu-se ao art. 96, que *diz respeito às atribuições do Poder Judiciário, sem incorporar tais atribuições*.

É de se lembrar que o art. 96 cuida do poder de auto-organização dos Tribunais e da Magistratura, poder este que em parte foi admitido para o Tribunal de Contas.

Jurisdição, todavia, não é o poder de se auto-organizar, mas de dizer o direito e exigir, por força própria, sua aplicação. *E dessa jurisdição carece, na quase totalidade de sua ação, o Tribunal de Contas.*

Nada obstante serem os Ministros do Tribunal de Contas nivelados aos Ministros dos Tribunais Superiores quanto aos vencimentos, assim como no que concerne às prerrogativas que lhes pertinem muitas vezes, conforme a conjuntura, com direitos, garantias e remuneração superiores aos dos congressistas, *o certo é que, na ação, continuam submetidos aos parlamentares, não valendo sua decisão mais do que uma "opinião" de "técnicos"*.

O quadro próprio de pessoal que cabe ao Tribunal de Contas organizar, nos moldes do art. 96 da Constituição Federal, assemelha-se à estrutura dos quadros funcionais do Poder Judiciário, pelo que, neste particular (auto-organização), a identidade com o Poder Judiciário é grande. *De rigor, nessa auto-organização os perfis dos Tribunais se assemelham*. E em pouca coisa mais" (grifos não constantes do texto)<sup>9</sup>.

É de se lembrar que o art. 25 da CF obriga os Estados, nas suas Constituições, a respeitar os dispositivos da Constituição Federal, estando assim redigido:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, *observados os princípios desta Constituição* (grifos meus).

Os únicos e relevantes pontos de contato que existem entre os dependentes Tribunais de Contas e os independentes Tribunais Judiciais são os requisitos

<sup>9</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol. Tomo II, ob. Cit. p. 99/101.



de capacitação e idoneidade exigidos para a nomeação de seus integrantes e o referencial de que estão, em nível de prerrogativas, garantias e subsídios, no caso do Tribunal de Contas da União, no mesmo patamar dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, conforme definido no § 3º do art. 73 <sup>10</sup>.

É de se lembrar que referenciais de tal natureza, a Constituição oferta em outros pontos de seu texto, como, por exemplo, no do inciso XI do art. 37 da CF assim redigido:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998):

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional 41, 19/12/2003)” (grifos meus) <sup>11</sup>.

O fato de ofertar-se um teto remuneratório por serviços prestados aos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não transforma todos os servidores das três esferas do Poder em membros do Poder Judiciário!

Em outras palavras, a única referência equiparativa dos membros do Tribunal de Contas — que é um órgão auxiliar do Poder Legislativo — aos do Poder Judiciário, diz respeito à capacitação e a subsídios, que é a do § 3º do art. 73 <sup>12</sup>.

Lamento que assim seja e que a proposta de independência que levei ao eminente relator da Constituinte — e que parece agradar também ao eminente Procurador-Geral da Justiça — não tenha sido aceita.

Por esta razão, parece-me que a referida ADIN parte de preliminar conflitante com a Lei Suprema, lembrando-se que os Acórdãos por ele elencados dizem respeito aos membros do “parquet” <sup>13</sup> credencia-

---

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remunerada, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, *não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do poder Legislativo e o subsídio dos do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério público, aos procuradores e aos Defensores públicos (CF, art. 37, XI).*

O texto é auto-aplicável, pois conforme o art. 8º da referida EC 41/2003, até que seja fixado o teto remuneratório geral, correspondente ao valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, será considerado, para os fins de limite remuneratório, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação da emenda constitucional a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço” (grifos meus) (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, ob. Cit. p. 845).

<sup>10</sup>O § 3º tem a seguinte dicção: “§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40”.

<sup>11</sup>Alexandre de Moraes comenta-o: “A Emenda Constitucional 41/2003, alterando o tratamento dado à inovação trazida pela EC 19/1998 (teto salarial correspondente aos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal), estabeleceu que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de

<sup>12</sup>José Tarcizio de Almeida Melo esclarece: “A execução orçamentária é submetida a controles interno e externo. Não adianta a legalidade, se o Poder Legislativo não reunisse competência para exigir o cumprimento da norma. Fá-lo com o auxílio dos tribunais ou órgãos de contas, na manifestação da fiscalização externa. Em seu exercício, aprecia as contas, para certificar-lhes a regularidade” (grifos meus) (*Direito Constitucional do Brasil*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 775).

<sup>13</sup>O art. 73, § 2º, inciso I, declara que: “§ 2º – Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e

dos junto ao Tribunal de Contas, estes sim, vinculados a uma instituição que, por ter a função de fiscalizar a lei e proteger a sociedade, participa de toda a organização nacional (pública e privada), como, por exemplo, no controle das fundações de direito público e privado <sup>14</sup>.

O simples fato, portanto, de ser, o Tribunal de Contas do Município, um órgão auxiliar da Câmara dos Vereadores no controle externo que lhe pertence, e não parte do Poder Judiciário — *que inexistente em nível municipal* — é suficiente, a meu ver, para tornar inconsistente toda a propositura da referida ação direta, nada obstante ter, a iniciativa legislativa, partido do TCMSP, e não terem sido substanciais as alterações do próprio texto original realizadas pela Edilidade.

A meu ver, até poderiam ser substanciais, visto que, repito à exaustão, o TCMSP acolita a Câmara Municipal, não havendo por que haver regimes distintos, salvo as exceções de *capacitação técnica*, entre as duas Casas <sup>15</sup>. E se constitui, parte do Poder Legislativo poderiam as emendas propostas ao projeto original de lei, que entendo não foram substanciais, serem-no pela própria estrutura constitucional das duas instituições <sup>16</sup>.

---

membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista triplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;...”.

<sup>14</sup>Sobre o direito anterior, escreve Gilberto Monteiro Pessoa: “Integram a organização do TCU o Plenário; duas Câmaras; o Gabinete da Presidência; nove Gabinetes de Ministro; quatro Gabinetes de Auditor; e a Secretaria Geral, que compreende órgãos de auditoria financeira e orçamentária e de serviços auxiliares. *Junto à Corte de Contas funcionam, como representantes do ministério público, um procurador geral e três subprocuradores gerais.*

Em cada Estado da Federação, o TCU mantém uma Inspeção Regional de Controle Externo, órgão integrante de sua Secretaria Geral” (grifos meus) (Enciclopédia Saraiva do Direito, Saraiva, 1977, v. 75, p. 88).

<sup>15</sup>Na ADIN 1782-2/DF já referida o que o Ministro Maurício Corrêa proibiu foi a decisão de elevação de subsídios decorrentes de ato próprio e não de lei, como ocorre na questão consultada: “Por expressa previsão constitucional, apenas as Casas do Congresso gozam de prerrogativa de aumentar os vencimentos de seus servidores por ato interno de suas Mesas Diretoras (arts. 51, IV e 52, XIII), o que não ocorre com o Tribunal de Contas da União que, a teor do art. 73, exerce, no que couber, as atribuições previstas no art. 96, ambos da Constituição” (STF. Pleno. Adin 1.782-2/DF Medida liminar. Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção 1, 08 maio 1998, p. 2)” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, ob. Cit. p. 1214/5).

<sup>16</sup>Em recente despacho monocrata, S.Exa. o Desembargador Cauduro Padin decidiu em ADI proposta pelo parquet (ADI 161.976-0/9-00) que: “Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade do art. 29 e respectivos parágrafos e incisos da Lei Municipal n. 14.381 de 07/05/2007 aprovada pela Câmara Municipal de São Paulo.

No mais, embora não me tenha sido consultado, ao ler a bem colocada contestação do digno representante do consulente, Dr. Murilo Magalhães de Castro, não vejo ferimento aos princípios da legalidade, responsabilidade, moralidade, razoabilidade e da separação dos poderes, não vislumbrando, sequer, delegação de competência legislativa para a realização de mera regulamentação de lei, com critérios objetivos para que ocorra.

Respondendo, pois, ao eminente presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Município, Dr. Edson Simões, entendo que as premissas apresentadas pelo digno procurador-geral da Justiça sobre o perfil do Tribunal de Contas do Município, de que seria “para fins de tratamento institucional equiparado às Cortes de Justiça”, são conflitantes com o texto supremo, que, para “fins institucionais”, tornou, as Cortes de Contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

---

Alega o requerente ofensa aos arts. 5º, 111, 128 e 144 da Constituição Paulista haja vista que a instituição da “gratificação legislativa de incentivo à especialização e produtividade” estabelece critérios subjetivos para a concessão do benefício e contraria a separação de Poderes, além dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da razoabilidade e o interesse público.

Destacou entre as irregularidades da referida lei o fato de que “não previu a quem incumbirá o acompanhamento dos servidores, para fins de avaliação sobre a pertinência ou não especificou como será feita tal avaliação detalhadamente; não esclarecem qual o período que será considerado, em cada caso, para tal análise” (fl. 08), o que dá margem à discricionariedade da autoridade administrativa.

Por fim, ressalta doutrina e quer a concessão de liminar visando a imediata suspensão da eficácia do ato normativo questionado, presentes o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, além da procedência da ação e do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 29 e respectivos parágrafos e incisos da Lei Municipal n. 14.381/2007.

Entretanto, não surgem de pronto os requisitos necessários para tanto, em peso o quanto alegado.

De se lembrar, desde logo, que factível é a devolução de eventual indevido.

A lei já vigora há mais de ano e já teve sua aplicação.

Esta aplicação é aferível, inclusive para verificação do que se alega.

A par da afirmação genérica de subjetividade, há menção de quem a concede, precedida a concessão da respectiva avaliação do desempenho.

Se a lei vigora e está implementada, é necessário a apuração desta aplicação e dos meios que foram utilizados.

Dos sete requisitos, três referem-se a avaliação de comportamento e desempenho; os demais a outros dados identificáveis.

Deste modo, antes do contraditório e apuração da via e forma pelas quais a lei veio e está sendo aplicada, a suspensão de benefício restituível parece, agora, desproporcional.

Indefiro, pois, a liminar pretendida.

Oficie-se e comuniquem-se” (04/04/2008, Poder Judiciário, Tribunal de Justiça de São Paulo).